

# VU Research Portal

## Ontslag wegens overgang van de onderneming

Bouwens, W.H.A.C.M.

### ***published in***

Vrienden door Duk en dun (liber amicorum voor mr. R.A.A. Duk)  
2011

### ***document version***

Early version, also known as pre-print

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Bouwens, W. H. A. C. M. (2011). Ontslag wegens overgang van de onderneming. In S. F. Sagel (Ed.), *Vrienden door Duk en dun (liber amicorum voor mr. R.A.A. Duk)* (pp. 125-136). Kluwer.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## Ontslag wegens overgang van de onderneming

Prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens<sup>1</sup>

### Inleiding

De bijdrage van Rogier Duk aan de rechtsontwikkeling in het arbeidsrecht is indrukwekkend. Zijn beschouwingen over de cassatierechtspraak, wetenschappelijke artikelen, boekrecensies en bijdragen aan bundels en monografieën, zijn zonder uitzondering zeer lezenswaardig en bieden tal van aanknopingspunten voor verder onderzoek. Het arbeidsrecht heeft echter vooral geprofiteerd van zijn werkzaamheden als cassatieadvocaat. Wie de richtinggevende uitspraken van de Hoge Raad van de afgelopen drie decennia onder de loep neemt, ziet dat Duk daarin opvallend vaak als advocaat optrad, in verreweg de meeste gevallen van de partij die uiteindelijk ook in het gelijk werd gesteld. In de zaak die tot het arrest leidde dat hierna centraal staat, dolf hij echter het onderspit. Dat maakt die zaak natuurlijk extra interessant. Het gaat om het arrest Buyck/Van den Ameele uit 1995,<sup>2</sup> waarin de Hoge Raad zich voor de eerste en voorlopig enige keer heeft kunnen uitlaten over het verbod een werknemer te ontslaan wegens de overgang van de onderneming.

Hierna ga ik eerst in op de communautaire wetgeving met betrekking tot de rechtspositie van werknemers bij overgang van een onderneming. Vervolgens bespreek ik uitgebreid het arrest van de Hoge Raad. Aansluitend behandel ik het bijzondere opzegverbod dat in 2002 in het Burgerlijk Wetboek (BW) werd neergelegd. Tot slot sta ik stil bij de vraag of het Nederlandse recht met betrekking tot het ontslag wegens overgang van een onderneming in overeenstemming is met de Europese regelgeving.

### De Richtlijn

Art. 4, eerste lid, van eerst Richtlijn 77/187 en thans Richtlijn 2001/23 betreffende het behoud van rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, bepaalt dat de overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel van een onderneming of vestiging op zichzelf voor de vervreemder of verkrijger geen reden voor ontslag vormt. Deze bepaling vormt volgens de tweede volzin geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen (de zogenoemde 'ETO-redenen') die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen.<sup>3</sup>

De tweede alinea van genoemde richtlijnbeepaling laat de lidstaten uitdrukkelijk de bevoegdheid het voorgaande niet van toepassing te verklaren op 'bepaalde welomschreven categorieën werknemers waarop de wettelijke voorschriften of het gebruik van de lidstaten inzake bescherming tegen ontslag geen betrekking hebben'.

Het ontslagverbod van art. 4, eerste lid, vormt het slot op de deur voor de kernbepaling van de Richtlijn, art. 3, waarin is neergelegd dat de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking door deze overgang overgaan op de verkrijger. Volgens het Hof van Justitie kunnen alleen werknemers die op het

---

<sup>1</sup> Willem Bouwens is hoogleraar Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Hij bewerkte samen met Rogier Duk de 22<sup>e</sup> en 23<sup>e</sup> druk van *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Kluwer:Deventer 2008 en 2011.

<sup>2</sup> HR 29 december 1995, *NJ* 1996, 418 (m.nt. Stein); *JAR* 1996/29; *TVVS* 1996/4, p. 116 (m.nt. Rood); *SMA* 1996, p. 202 (m.nt. Van Straalen).

<sup>3</sup> P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*, Kluwer: Deventer 1999, p. 205 stelt mijns inziens terecht dat de tweede volzin van art. 4, eerste lid, van de Richtlijn strikt genomen overbodig is. Art. 4, eerste lid, van de Richtlijn zegt immers slechts dat de overgang 'op zichzelf' geen reden vormt voor ontslag.

moment van de overgang in dienst zijn van de vervreemder aan deze bepaling rechten ontnemen.<sup>4</sup> Het ontslagverbod voorkomt dat aan de werking van de richtlijn kan worden ontkomen door werknemers vóór de overgang te ontslaan.<sup>5</sup>

In het Bork-arrest uit 1988 oordeelde het Hof dat de vraag of er op het tijdstip van de overgang een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding bestaat, moet worden beantwoord aan de hand van het nationale recht, evenwel met inachtneming van de dwingende voorschriften van de richtlijn betreffende de bescherming van werknemers tegen ontslag. Bijgevolg moeten de werknemers van de onderneming, wier arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding in strijd met art. 4, eerste lid, van de Richtlijn is beëindigd met ingang van een datum vóór die van de overgang, geacht worden op de datum van die overgang nog steeds in dienst van de onderneming te zijn, hetgeen met name tot gevolg heeft dat de verplichtingen van de werkgever jegens hen overeenkomstig art. 3, eerste lid, Richtlijn van rechtswege van de vervreemder op de verkrijger overgaan. Bij de beoordeling of de overgang de enige reden is voor het ontslag, moet volgens het Hof worden gelet op de objectieve omstandigheden waarin het ontslag is gegeven. Daarbij zal in het bijzonder van belang zijn de omstandigheid dat het ontslag nagenoeg gelijktijdig met de overgang ingaat en dat de betrokken werknemers door de verkrijger (al dan niet op andere voorwaarden) opnieuw in dienst worden genomen.<sup>6</sup>

Bij de implementatie van de Richtlijn 77/187 in het Nederlandse recht in 1981 werd omzetting van art. 4, eerste lid, van de Richtlijn overbodig geacht, omdat het enkele feit van de overgang niet als een gewichtige reden voor rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst mag worden beschouwd, noch als grond voor toestemming voor de opzegging als bedoeld in art. 6 BBA. De minister meende dat het geldende recht daarom reeds geacht kon worden in overeenstemming te zijn met deze richtlijn bepaling.<sup>7</sup>

### **De Hoge Raad**

Uit het arrest Buyck/Van den Ameele blijkt dat de minister met dit standpunt de bocht wellicht wat te kort nam. Om het arrest goed te begrijpen, is het zinvol kort stil te staan bij de casus. Ingeborg Buyck was in dienst van Bonte, die onder de naam 'Harry Bonte' een winkelbedrijf uitoefende in Oostburg. Deze Bonte staakte op 31 december 1990 zijn onderneming en deelde aan Buyck mee dat haar dienstverband was beëindigd, hoewel de directeur van het (toenmalige) Gewestelijk Arbeidsbureau zijn op grond van art. 6 BBA vereiste toestemming aan beëindiging van de arbeidsovereenkomst had onthouden. Op 1 februari 1991 nam Van den Ameele BV het bedrijfspan, waarin voorheen Bonte zijn winkelbedrijf uitoefende, over om daar eveneens een winkelbedrijf te gaan uitoefenen.

Ruim anderhalf jaar later startte Buyck een procedure tegen Van den Ameele. Zij vorderde een verklaring van recht, inhoudend dat tussen haar en Van den Ameele een arbeidsovereenkomst bestond, alsmede doorbetaling van loon, vakantietoeslag en vergoeding voor niet genoten vakantiedagen. Van den Ameele stelde dat Buyck zich niet tijdig had beroepen op de nietigheid van het haar verleende ontslag, zodat dit ontslag door verjaring onaantastbaar was geworden. Verder betwistte Van den Ameele dat sprake was geweest van overgang van een onderneming in de zin van destijds art. 7A:1639aa BW (zie thans art. 7:662 BW).

---

<sup>4</sup> Zie onder meer HvJ 7 februari 1985, *Jur.* 1985, p. 457 (*Wendelboe*); HvJ 11 juli 1985, *NJ* 1988, 907 (*Mikkelsen*; m.nt. Stein) en HvJ 17 december 1987, *NJ* 1989, 674 (*Ny Mølle Kro*).

<sup>5</sup> Vergelijk de toelichting van de commissie bij het voorstel voor Richtlijn 77/187/EEG, COM(74) 351 def., p. 7.

<sup>6</sup> HvJ EG 15 juni 1988, *NJ* 1990, 247 (*Bork International*). Zie ook HvJ 12 maart 1998, *JAR* 1998/100 (*Dethier/Dassy*); HvJ EG 24 januari 2002, *JAR* 2002/47 (*Temco*).

<sup>7</sup> *Kamerstukken II* 1980/81, 15 940, nr. 3 (MvT), p. 8; *Kamerstukken II* 1980/81, 15 940, nr. 13 (Brief Minister van Sociale Zaken).

In cassatie concentreerde het debat zich op de verjaringsproblematiek. De Hoge Raad overwoog daaromtrent dat in art. 3:322, eerste lid, BW, waarin is bepaald dat de rechter het middel van verjaring niet ambtshalve mag toepassen, besloten ligt dat degene die zich op verjaring beroept, met voldoende duidelijkheid dient aan te geven welke verjaring hij op het oog heeft, wil dit beroep kunnen slagen. In de onderhavige zaak had Van den Ameele zich slechts in algemene zin op verjaring beroepen zonder een bepaald wetsartikel te noemen of anderszins aan te duiden welke verjaring zij op het oog had. Dit kan voldoende zijn, wanneer in de gegeven omstandigheden ook zonder nadere uitleg duidelijk is welke verjaring voor toepassing in aanmerking komt. Het door rechtbank toegepaste art. 7A:1639u – het huidige art. 7:683 – BW kwam in elk geval niet in aanmerking, nu dat artikel niet ziet op de nietigheid van een opzegging wegens het ontbreken van een ontslagvergunning als bedoeld in art. 9 BBA.

Voor deze bijdrage is vooral interessant hetgeen de Hoge Raad daarna overwoog ten aanzien van een beëindiging wegens een overgang van de onderneming. Hij stelde vast dat de vervalltermijn van zes maanden, neergelegd in art. 9, tweede lid, BBA, niet geldt indien de beëindiging haar werkelijke grond vindt in de omstandigheid dat de onderneming overgaat op een ander die de dienstbetrekking niet wil of kan voortzetten. De Hoge Raad verwees daarbij naar het Bork-arrest. Uit dat arrest blijkt dat art. 4, eerste lid, van de Richtlijn aldus moet worden begrepen dat de werknemer die wegens de overgang wordt ontslagen, geacht wordt op de datum van de overgang nog steeds in dienst van de onderneming te zijn. Volgens de Hoge Raad moest daaruit worden afgeleid, dat in dat kader van de werknemer geen nadere handeling is vereist, zoals het invoeren van de nietigheid van het ontslag. Nu de Nederlandse wetgeving op het onderhavige terrein de strekking heeft om het stelsel van de richtlijn in het Nederlandse recht tot gelding te brengen, moest naar het oordeel van de Raad worden aangenomen dat de nietigheid van een beëindiging van de dienstbetrekking wegens overgang van een onderneming niet hoeft te worden ingeroepen om haar werking te hebben. Art. 9, tweede lid, BBA stond daaraan niet in de weg.

Het arrest is om meer dan één reden opmerkelijk.<sup>8</sup> In de eerste plaats is het de eerste en tot op heden enige uitspraak waarin de Hoge Raad een opzegging van de arbeidsovereenkomst van rechtswege nietig acht. Tot het arrest had de Hoge Raad zich uitdrukkelijk op het standpunt gesteld dat met het wettelijk stelsel betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst bezwaarlijk te rijmen valt dat, naast de nauwkeurig omschreven gevallen waarin sprake is van een vorm van (ver)nietig(baar)heid met veelal korte termijnen voor het invoeren daarvan (art. 9 BBA en de bijzondere opzegverboden), een opzegging nietig zou zijn wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden.<sup>9</sup>

Voorts is bijzonder dat de Hoge Raad lijkt te veronderstellen dat de Richtlijn tot een nietigheidssanctie dwingt. Art. 4, eerste lid, van de Richtlijn noemt evenwel geen sanctie. Verdedigbaar is dat de lidstaten kunnen volstaan met een andere sanctie, zolang die het nuttig effect van de Richtlijn maar waarborgt. Een aanknopingspunt voor dit standpunt kan worden gevonden in de toelichting bij het oorspronkelijke voorstel voor Richtlijn 77/187, waarin de Commissie als voorbeelden van een mogelijke sanctie op het verbod van art. 4, eerste lid, niet alleen de nietigheid van het ontslag, maar ook de annulering van het ontslag door een rechterlijke of administratieve instantie, de verplichting tot het storten van een schadeloosstelling

---

<sup>8</sup> De door de Hoge Raad aanvaarde opvatting was echter wel reeds verdedigd door A.M. Luttmer-Kat, *Rechten van werknemers*, TVVS 1994/1, p. 1 e.v.

<sup>9</sup> HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 495 (*Nedlloyd*; m.nt. Stein)

en de schadevergoeding noemt.<sup>10</sup> Betoogd wordt mede daarom wel dat de Hoge Raad de jurisprudentie van het Hof van Justitie beperkter had kunnen uitleggen, in die zin dat met de woorden ‘worden geacht’ in de overwegingen van het Bork-arrest slechts een fictie in het leven wordt geroepen, op grond waarvan het mogelijk is dat de arbeidsovereenkomst wel door het ontslag is geëindigd, maar de sancties die voortvloeien uit de onwettigheid van het ontslag – voor Nederland kan gedacht worden aan een beroep op art. 7:681 BW – jegens de verkrijger geldend kunnen worden gemaakt.<sup>11</sup>

Ten slotte is het arrest opvallend, omdat de Hoge Raad daarin directe horizontale werking lijkt toe te kennen aan art. 4, eerste lid, van de Richtlijn. Richtlijnen richten zich tot de lidstaten. Zij leggen derhalve geen verplichtingen op aan individuele burgers.<sup>12</sup> A-G Mok stelde zich om die reden in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest op het standpunt, dat Buyck hoogstens kon proberen haar schade te verhalen op de staat.<sup>13</sup> In de literatuur is verdedigd dat de Hoge Raad in het arrest een richtlijnconforme interpretatie geeft van art. 9, tweede lid, BBA.<sup>14</sup> Deze opvatting doet echter geen recht aan het algemene karakter van de overweging van de Hoge Raad, dat een beëindiging van de dienstbetrekking wegens overgang van een onderneming nietig moet worden geacht. Of de werknemer een beroep kan doen op art. 9, eerste lid, BBA vanwege het ontbreken van een ontslagvergunning, is daarvoor niet van belang. Dit betekent dat ook de opzegging wegens de overgang van de arbeidsovereenkomsten van werknemers die niet onder het toepassingsbereik van art. 6 BBA vallen – zoals statutair bestuurders – nietig moet worden geacht en dat hetzelfde geldt voor de opzegging met ontslagvergunning, indien komt vast te staan dat de werkelijke grond voor de opzegging gelegen is in de overgang.<sup>15</sup>

### Het wettelijk opzegverbod

Hoewel de regering geen gevallen bekend waren waarin het ontbreken van een uitdrukkelijke implementatie tot problemen had geleid, achtte zij het bij de aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan Richtlijn 98/50 juist art. 4, eerste lid, van de Richtlijn wél te implementeren. Per 1 juli 2002 werd aan het BW daarom alsnog een bijzonder opzegverbod toegevoegd.<sup>16</sup> Art. 7:670, achtste lid, verbiedt de werkgever sindsdien om de arbeidsovereenkomst met de in zijn onderneming werkzame werknemer op te zeggen wegens de in artikel 662, tweede lid, onderdeel a, bedoelde overgang van die onderneming.<sup>17</sup> Door het ‘vergewisgebod’ van art.

---

<sup>10</sup> Vergelijk COM (74) 351 def., p. 8, alsmede Conclusie A-G Slynn voorafgaand aan HvJ 7 februari 1985, *Jur.* 1985, p. 457 (*Wendelboe*).

<sup>11</sup> Zie P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*, Kluwer:Deventer 1999, p. 208 en 245; C. Barnard, *EC Employment Law*, 3rd edition, Oxford UP, 2006, p. 664. Anders R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Kluwer: Deventer, 2<sup>e</sup> druk, 2008, p. 166, nt. 166.

<sup>12</sup> Zie onder meer HvJ 26 februari 1986, *Jur.* 1986, p. 723 (*Marshall-I*).

<sup>13</sup> Daarvoor kan een beroep worden gedaan op de zogeheten ‘Francovich-leer’: HvJ 19 november 1991, *NJ* 1994, 2.

<sup>14</sup> D. Aarts, Ontslag wegens overgang van onderneming, *NbBW* 1996, p.28. Vergelijk T. van Peijpe, Overgang van onderneming: onbeantwoorde vragen in het licht van de jurisprudentie, *NTER* 1999/3, p. 52.

<sup>15</sup> Vergelijk A.J. Swelheim, Ontslag wegens de overgang van een onderneming en verjaring, *ArbeidsRecht* 1996/28 en M.G. Rood, noot bij het Buyck-arrest in *TVVS* 1996/4.

<sup>16</sup> Wet van 18 april 2002, *Stb.* 2002, 215.

<sup>17</sup> *Kamerstukken II* 2000/01, 27 469, nr. 3 (MvT), p. 15. Hoewel de bepaling op dit punt niet helder is geformuleerd, moet worden aangenomen dat uitsluitend werknemers die in het overgedragen onderdeel of de overgedragen vestiging werkzaam zijn, zich op het ontslagverbod kunnen beroepen. Zie ook *Kamerstukken I*, 2001/02, 27 469, nr. 163 (MvA), p. 10. Vergelijk HvJ 7 februari 1985, *NJ* 1985, 902 (m.nt. Botzen).

7:685, eerste lid, BW heeft dit opzegverbod tevens reflexwerking in de ontbindingsprocedure.<sup>18</sup>

De in de Richtlijn gemaakte uitzondering voor ETO-redenen vinden we bij het nationale ontslagverbod niet terug. Dat is mijns inziens ook niet nodig. Art. 7:670, achtste lid, BW ziet, net als art. 4, eerste lid van de Richtlijn, alleen op de opzegging waarvoor de overgang de enige grond vormt en laat dus de mogelijkheid van een opzegging op andere gronden – ETO-redenen daaronder begrepen – onverlet.<sup>19</sup>

De sanctie op overtreding van het opzegverbod is neergelegd in art. 7:677, vijfde lid, BW. Dit bepaalt dat de werknemer bij niet-inachtneming van art. 7:670, eerste tot en met negende lid, BW gedurende twee maanden na de opzegging van de arbeidsovereenkomst een beroep kan doen op de vernietigingsgrond door kennisgeving daarvan aan de werkgever. Het betreft een vervaltermijn. Doet de werknemer niet binnen de genoemde termijn in of buiten rechte een beroep op het opzegverbod, dan is de opzegging geldig. Rechtsvorderingen in verband met de vernietiging van deze opzegging verjaren ingevolge art. 7:683, tweede lid, BW na verloop van zes maanden.

Nu de Nederlandse wetgever een specifieke bepaling heeft ingevoerd om art. 4, eerste lid, van de Richtlijn te implementeren, zou ik willen aannemen dat de sanctie op een opzegging wegens de overgang naar Nederlands recht niet langer een nietigheid, maar een vernietigbaarheid is. Dit is van wezenlijk belang. Het maakt immers uit of de werknemer binnen twee maanden na de opzegging een beroep moet doen op het verbod om zijn rechten veilig te stellen of dat de rechter nog geruime tijd later, eventueel ambtshalve, kan vaststellen dat de opzegging niet het beoogde effect heeft gehad en de arbeidsovereenkomst dus nog voortduurt.

Gelet op de toelichting bij het voorstel voor Richtlijn 77/187 – ik sprak daar al over – mag worden aangenomen dat het de nationale wetgever vrij stond te kiezen voor een vernietigbaarheid als sanctie op het ontslagverbod. Toch roept de introductie van art. 7:670, achtste lid, BW vragen op in het licht van de op Nederland rustende verplichting om in de nationale rechtsorde alle noodzakelijke maatregelen te nemen om de volle werking van de bepalingen van die richtlijn te verzekeren. In de eerste plaats is de vraag of de uitzonderingen die de wet op het opzegverbod maakt, toelaatbaar zijn in het licht van het Europese recht. Bovendien kan men zich afvragen of de betrekkelijk korte verval- en verjaringstermijnen zich verdragen met Richtlijn 2001/23. Deze bevat immers geen beperking in tijd van de bescherming die art. 4, eerste lid, van de Richtlijn biedt. Ten slotte rijst de vraag of het nationale opzegverbod, dat beperkt is tot arbeidsovereenkomsten, in zijn huidige vorm volstaat nu het Hof van Justitie in het Albron-arrest heeft geoordeeld, dat bij een overgang van een tot een concern behorende onderneming naar een onderneming buiten dat concern, de bescherming van de Richtlijn ook geldt voor de werknemers die permanent bij de betreffende onderneming tewerk zijn gesteld, zonder door een arbeidsovereenkomst aan die onderneming te zijn gebonden.<sup>20</sup>

## **Uitzonderingen**

<sup>18</sup> Zie bijv. Ktr. Leiden 28 juni 2006, *JAR* 2006/180 en Ktr. Amsterdam 28 oktober 2009, *JAR* 2009/275. Indien de kantonrechter in strijd met het ontslagverbod ontbindt, is de beschikking echter niet appellabel; vergelijk HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672 (*Woesthoff*).

<sup>19</sup> Zie ook de woorden ‘op zichzelf’ in de eerste volzin van art. 4, eerste lid, van de Richtlijn. Vergelijk P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*, Kluwer: Deventer 1999, p. 205. Anders: Ktr. Amsterdam 28 oktober 2009, *JAR* 2009/275 m.nt. E. Knipschild, *TRA* 2010/39, m.nt. J.N. Stamhuis. Zie over deze uitspraak ook: S.R. Spoelder, *Opzegverbod wegens overgang van onderneming*; Hebbes!, *ArbeidsRecht* 2010/22.

<sup>20</sup> HvJ 21 oktober 2010, *JAR* 2010/298, *NJ* 2010, 576 (m.nt. Mok), *JIN* 2010/858 (m.nt. Jellinghaus). Zie daarover meer uitgebreid onder meer: W.H.A.C.M. Bouwens & A.P.P. Witteveen, Het Albron-arrest: Lees maar, er staat niet wat er staat, *TAP* 2011/1, p. 8 e.v.

Ingevolge art. 7:666 BW is het opzegverbod van art. 7:670, achtste lid, BW niet van toepassing indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Art. 5 van de Richtlijn staat deze uitzondering uitdrukkelijk toe.<sup>21</sup> De wet kent daarnaast nog een aantal uitzonderingen, neergelegd in art. 7:670b, eerste en tweede lid, BW, die alle opzegverboden van art. 7:670 en art. 7:670a BW, en dus ook het opzegverbod wegens de overgang, betreffen. Aan de orde hierna is de vraag of ook deze uitzonderingen geoorloofd zijn in het licht van het Europese recht.

Ten aanzien van de meeste uitzonderingen zie ik geen probleem. De uitzondering voor het ontslag op staande voet in art. 7:670b, eerste lid, BW zal uitsluitend aan de orde zijn wanneer de grond voor het ontslag een andere is dan de overgang van de onderneming. Zij is derhalve toegestaan. De overgang van de onderneming kan op zichzelf niet als een dringende reden worden beschouwd.

De uitzondering in het tweede lid voor de werknemer die schriftelijk instemt met de opzegging levert mijns inziens evenmin strijd op met de Richtlijn. Het Hof van Justitie neemt aan dat de door de Richtlijn geboden bescherming van openbare orde is en dat de betrokken werknemers derhalve niet kunnen afzien van de hun toegekende rechten. Werkgever en werknemer kunnen daarom niet vooraf, in abstracto, afspreken dat de arbeidsovereenkomst door een overgang van de onderneming een einde zal nemen.<sup>22</sup> De richtlijn is er echter niet op gericht om een einde te maken aan de fundamentele vrijheid van de werknemer om zelf zijn werkgever te kiezen. De werknemer kan daarom in het kader van een concrete overgang wel besluiten de dienstbetrekking niet met de verkrijger voort te zetten.<sup>23</sup> Zeker nu de Hoge Raad voor een afstand van de uit art. 7:663 BW voortvloeiende bescherming vereist dat de verklaringen en gedragingen van de werknemer duidelijk en ondubbelzinnig blijk geven van zijn wil daartoe<sup>24</sup> en de werkgever de werknemer niet aan zijn verklaring mag houden wanneer hij de werknemer niet voldoende opening van zaken en duidelijkheid heeft gegeven over door hem te maken keuzes,<sup>25</sup> mag het Nederlandse recht ook op dit punt in overeenstemming worden geacht met de Richtlijn.

Art. 7:670b, tweede lid, BW bepaalt voorts dat de opzegverboden van art. 7:670 en 7:670a evenmin van toepassing zijn indien de opzegging geschiedt wegens de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van het onderdeel van de onderneming, waarin de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is. Indien (het onderdeel van) de onderneming overgaat, worden de werkzaamheden niet beëindigd en is de uitzondering derhalve niet van toepassing. Hier zie ik geen bezwaren, anders dan de mogelijkheid dat de voortzetting van de werkzaamheden zich pas na het verstrijken van de vervaltermijn openbaart. Ik kom daar in de volgende paragraaf op terug.

De laatste uitzondering betreft de opzegging tijdens de proeftijd (zie art. 7:670b, eerste lid, BW). Bij de implementatie van Richtlijn 77/187 in 1981 stelde de regering zich op het standpunt dat de werknemers met een proeftijd beschouwd konden worden als behorend tot de 'bepaalde welomschreven categorieën werknemers waarop de wettelijke voorschriften of het gebruik van de lidstaten inzake bescherming tegen ontslag geen betrekking hebben', voor wie op grond van de tweede alinea van art. 4, eerste lid, van de Richtlijn een uitzondering kan worden gemaakt. Het geldende recht werd daarom ook op dit punt in overeenstemming geacht met de Richtlijn.<sup>26</sup> Mijns inziens gaat deze redenering niet meer op sinds de

---

<sup>21</sup> Zie reeds HvJ 7 februari 1985, *NJ* 1985, 900 (*Abels*).

<sup>22</sup> Zie onder meer HvJ 10 februari 1988, *NJ* 1990, 423 (*Daddy's Dance Hall*).

<sup>23</sup> HvJ 11 juli 1985, *NJ* 1988, 907 (*Mikkelsen*) en HvJ 16 december 1992, *JAR* 1993/64 (*Katsikas*).

<sup>24</sup> HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 419, m.nt. Stein en HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 566, m.nt. Stein.

<sup>25</sup> HR 26 juni 2009, *JAR* 2009/183 (*Bos/Pax*).

<sup>26</sup> *Kamerstukken II* 1980/81, 15 940, nr. 3 (MvT), p. 8.

discriminatieverboden ook van toepassing werden verklaard op opzeggingen tijdens de proeftijd.<sup>27</sup> Dat 'de' wettelijke voorschriften inzake bescherming tegen ontslag geen betrekking hebben op proeftijdontslagen, kan sinds dat moment niet meer worden volgehouden. Ik zou daarom willen bepleiten een opzegging wegens de overgang tijdens de proeftijd aan te merken als misbruik van bevoegdheid en om die reden rechtskracht te ontfangen.<sup>28</sup>

### Geoorloofde termijnen?

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie staat het lidstaten in beginsel vrij procedureregels vast te stellen voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht kunnen ontfangen. Dit geldt ook voor het gebruik van fatale termijnen, aangezien deze de toepassing vormen van het fundamentele beginsel van rechtszekerheid. Deze termijnen moeten echter wel de algemene beginselen van gemeenschapsrecht eerbiedigen. Zij mogen daarom niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet feitelijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheids- of effectiviteitsbeginsel).<sup>29</sup> Vervaltermijnen die niet stroken met de vereisten van het Unierecht dienen door de nationale rechter buiten toepassing te worden gelaten.<sup>30</sup>

Richtlijn 2001/23 beoogt niet een uniform beschermingsniveau voor de hele Europese Unie in te voeren op basis van gemeenschappelijke criteria.<sup>31</sup> Mede gelet op het belang van de rechtszekerheid mag daarom worden aangenomen dat het de lidstaten vrijstaat het beroep op de nietigheid van een beëindiging in strijd met het in art. 4, eerste lid, neergelegde verbod en het instellen van daarop gebaseerde rechtsovereenkomsten aan een termijn te binden. Een vervaltermijn van twee maanden is in dat kader niet per se te kort. Zij komt overeen met de termijnen die de Nederlandse wetgeving voor de andere, niet op het Europese recht gebaseerde bijzondere opzegverboden kent. Het gelijkwaardigheidsbeginsel verzet zich derhalve niet tegen de vastgestelde termijn.<sup>32</sup> De beperkte looptijd hoeft ook geen strijd op te leveren met het doeltreffendheidsbeginsel. Het Hof van Justitie achtte in een andere zaak een termijn van slechts dertig dagen niet ontoelaatbaar.<sup>33</sup>

Er zijn echter situaties denkbaar waarin toepassing van art. 7:677, vijfde lid, en art. 7:683, tweede lid, BW zich niet verdraagt met het Unierecht. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de werknemer pas na het verstrijken van de termijn bekend wordt met de overgang van onderneming als gevolg van misleiding door zijn werkgever.<sup>34</sup>

---

<sup>27</sup> Dit is het geval sinds 1 januari 1999, de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en zekerheid.

<sup>28</sup> Vergelijk ten aanzien van discriminatoire opzeggingen: HR 13 januari 1999, *NJ* 1999, 430 (*Codfried/ISS*). Zie ook R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Kluwer: Deventer, 2<sup>e</sup> druk, 2008, p. 87.

<sup>29</sup> Zie onder meer HvJ 16 december 1976, *Jur.* 1976, p. 1989 (*Rewe*); HvJ 16 december 1976, *Jur.* 1976, p. 2043 (*Comet*); HvJ 25 juli 1991, *Jur.* 1991, p. 4269 (*Emmott*); HvJ 16 mei 2000, *JAR* 2000/153 (*Preston*) en HvJ 15 april 2008, *JAR* 2008/130 (*Impact*).

<sup>30</sup> Zie onder meer HvJ 9 maart 1978, *Jur.* 1978, p. 629 (*Simmenthal*) en HvJ 18 september 2003, *Jur.* 2003, p. 9375 (*Pflücke*).

<sup>31</sup> Vergelijk met betrekking tot art. 4, tweede lid, van de Richtlijn: HvJ 27 november 2008, *JAR* 2009/20 (*Juuri*).

<sup>32</sup> Dat voor het algemene opzegverbod van art. 6 BBA een vervaltermijn van zes maanden geldt, doet daar mijns inziens niet aan af. Anders ten aanzien van onder meer art. 7:647 BW: S.W. Kuip & E. Verhulp, Vernietigbaarheid in het ontslagrecht: effectieve rechtsbescherming of fictie vol frictie?, in: E. Lutjens (red.), *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht* (Liber amicorum Van den Heuvel), Amsterdam 2006, p. 243.

<sup>33</sup> HvJ EU 16 december 1976, *Jur.* 1976, p. 2043 (*Comet*).

<sup>34</sup> Vergelijk ten aanzien van seksdiscriminatie: HvJ 1 december 1998, *JAR* 1999/34 (*Levez*). Overigens kan de vervreemder in deze gevallen ook worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad. Vergelijk HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 235 (*Pratt & Whitney*; m.nt. Stein).



Verder is, gelet op de jurisprudentie van het Hof van Justitie, bepaald niet denkbeeldig, dat de overgang van onderneming pas meer dan twee maanden na de opzegging plaatsvindt.<sup>35</sup> In de hier bedoelde gevallen behoort toepassing van de verval- en verjaringstermijn wegens strijd met het Europese recht achterwege te blijven. Ik zou willen bepleiten de termijnen in deze situaties te laten aanvangen op het moment dat de werknemer redelijkerwijs bekend kan worden geacht met de overgang.

### **De arbeidsbetrekking**

Ten slotte rijst de vraag of het opzegverbod in zijn huidige vorm volstaat, nu dit verbod beperkt is tot arbeidsovereenkomsten, en de bescherming van de Richtlijn, gelet op het eerder genoemde Albron-arrest, ook toekomt aan bepaalde personen die geen arbeidsovereenkomst hebben met de vervreemder. Deze bescherming zou echter eenvoudig kunnen worden ontlopen, wanneer de niet-contractuele werkgever de 'arbeidsbetrekking' met deze werknemer vóór de overgang wegens die overgang zou kunnen beëindigen.

De grenzen van de mogelijkheid tot richtlijnconforme interpretatie worden mijns inziens overschreden, wanneer men het in art. 7:670, achtste lid, BW neergelegde opzegverbod ook van toepassing verklaart op andere overeenkomsten dan arbeidsovereenkomsten. Aanpassing van de nationale wetgeving op dit punt lijkt derhalve noodzakelijk. Men kan naar mijn mening echter ook, net als de Hoge Raad in het Buyck-arrest deed, teruggrijpen op het Bork-arrest van het Hof van Justitie. Beëindigt de niet-contractuele werkgever de arbeidsbetrekking van een werknemer in strijd met art. 4, eerste lid, van de Richtlijn, dan moet deze arbeidsbetrekking geacht worden nog te bestaan op het moment van de overgang. In deze benadering kan degene die geen arbeidsovereenkomst heeft met de vervreemder, zich ook tegenover de verkrijger beroepen op de bescherming die de Richtlijn beoogt te bieden.

### **Conclusie**

In deze bijdrage besprak ik het arrest Buyck/Van den Ameele. In dit arrest neemt de Hoge Raad met een verwijzing naar art. 4, eerste lid, van Richtlijn 77/187 en de jurisprudentie van het Hof van Justitie aan dat een beëindiging van de dienstbetrekking wegens overgang van een onderneming van rechtswege nietig moet worden geacht. Het arrest heeft aan belang ingeboet nu sinds 2002 in art. 7:670, achtste lid, BW een bijzonder opzegverbod is neergelegd. De sanctie op een opzegging wegens de overgang is als gevolg daarvan niet langer een nietigheid, maar een vernietigbaarheid.

De wet maakt een aantal uitzonderingen op het opzegverbod. Ik heb betoogd dat de meeste van deze uitzonderingen geoorloofd zijn in het licht van het Europese recht. Problemen zie ik slechts met betrekking tot de uitzondering voor de opzegging tijdens de proeftijd. Wanneer deze plaatsvindt wegens de overgang van de onderneming, zou ik willen aannemen dat sprake is van misbruik van bevoegdheid.

Ook de verval- en verjaringstermijn van art. 7:677, vijfde lid, en art. 7:683, tweede lid, BW zijn, gelet op het communautaire recht, in beginsel geoorloofd. Dit ligt anders in die gevallen dat de overgang van de onderneming pas na het verstrijken van de termijn bekend wordt, bijvoorbeeld omdat sprake is van misleiding door de vervreemder of omdat de overgang pas geruime tijd na de opzegging van de arbeidsovereenkomst plaatsvindt. In deze gevallen behoort toepassing van de verval- en verjaringstermijn wegens strijd met het Europese recht achterwege te blijven.

---

<sup>35</sup> Een overgang van onderneming is ook mogelijk wanneer de exploitatie van de onderneming geruime tijd heeft stil gelegen. Zie onder meer HvJ 18 maart 1986, *NJ* 1987, 502 (*Spijkers/Benedik*) en HvJ 7 maart 1996, *JAR* 1996/169 (*Merckx en Neuhuys*).

Ten slotte heb ik geconcludeerd dat het opzegverbod in zijn huidige vorm niet volstaat, nu het beperkt is tot arbeidsovereenkomsten, en de bescherming van de Richtlijn ook toekomt aan bepaalde personen die geen arbeidsovereenkomst hebben met de vervreemder. Om deze lacune aan te vullen kan men, net als de Hoge Raad in het Buyck-arrest, teruggrijpen op het Bork-arrest van het Hof van Justitie op grond waarvan de arbeidsbetrekking die in strijd met art. 4, eerste lid, van de Richtlijn is beëindigd, op het moment van de overgang geacht wordt nog steeds te bestaan.

Rogier Duk, aan wie deze bijdrage in vriendschap is opgedragen, wens ik nog vele jaren, waarin hij in goede gezondheid, een bijdrage aan de rechtsontwikkeling in het arbeidsrecht kan blijven leveren.